
**CLAUSOLE GENERALI NELLA PROSPETTIVA DEL DIRITTO CIVILE-
COSTITUZIONALE: UN'ANALISI CRITICA
DEL POTERE GIUDIZIARIO BRASILIANO**

***CLÁUSULAS GERAIS NA PERSPECTIVA DO DIREITO CIVIL-
CONSTITUCIONAL: UMA ANÁLISE CRÍTICA
DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO***

PRISCILA ZENI DE SÁ

Dottore in Diritto nell'Unisinos. Master in Diritto nella Pontificia Università Cattolica del Paraná (2005). Laureata in Diritto – Facoltà Integrate Curitiba (2001). Insegnante titolare di Diritto Civile nella FURB. Insegnante nei Corsi di Specializzazione della PUC-PR. Insegnante della Scuola della Magistratura dello Stato del Paraná (EMAP) e di Santa Catarina (ESMESC). Avvocata. Ricercatrice del Gruppo di Ricerca “Constinter” certificato presso il CNPQ dalla FURB.

RIASSUNTO

L'analisi della funzione del Potere Giudiziario nella società contemporanea è lo scenario nel quale si sviluppa lo studio, che è stato oggetto della tesi di dottorato dell'autrice. Focalizzato nel contesto brasiliano, l'accesso alla giustizia viene percepito come un mezzo di partecipazione dell'individuo nello Stato Democratico di Diritto, in particolare come un meccanismo di effettuazione dei diritti fondamentali. Si parte, pertanto, dall'analisi del sistema giuridico come unitario, per legittimare l'attuazione del Potere Giudiziario in questo sistema, vale a dire, nella costruzione della risposta adeguata in ogni caso concreto analizzato dai tribunali. Quindi, nel panorama del Diritto Civile-Costituzionale si mettono in evidenza le clausole generali di “buona fede” e della

“funzione sociale” quali porte che permettono tale attuazione giudiziaria, e vengono proposti dei parametri affinché si concretizzi il diritto in questi casi

PAROLE-CHIAVE: Diritto Civile-Costituzionale; Clausole generali; Potere Giudiziario; Brasile.

RESUMO

A análise da função do Poder Judiciário na sociedade contemporânea é o cenário em que o estudo é desenvolvido, que foi objeto da tese de doutorado do autor. Focada no contexto brasileiro, o acesso à justiça é percebido como um meio de participação do indivíduo no Estado Democrático do Direito, em particular como mecanismo para o exercício dos direitos fundamentais. Assim, parte da análise do sistema legal como unitária, para legitimar a implementação do Poder Judicial neste sistema, isto é, na construção da resposta apropriada em cada caso concreto analisado pelos tribunais. Assim, no panorama do direito civil-constitucional, as cláusulas gerais de "boa fé" e "função social" são destacadas como as portas que permitem tal implementação judicial, e parâmetros são propostos para concretizar o direito nesses casos.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Constitucional Civil; Cláusulas gerais; Jurisdição; Brasil.

INTRODUZIONE

Il presente studio concerne l'analisi dell'attuazione del Potere Giudiziario brasiliano nel compimento delle clausole generali, nella prospettiva dello Stato Democratico di Diritto e della costituzionalizzazione del Diritto Civile.

La realtà sociale nell'attualità si presenta eccessivamente complessa, sia nelle relazioni con lo Stato come nelle relazioni particolari, se si considerano principalmente la massificazione delle relazioni e delle condotte e la fluidità delle relazioni fra le persone.

In questo panorama, il Potere Legislativo cerca di creare delle norme che assicurino la convivenza e la pacificazione sociale, ma non riesce ad accompagnare la rapidità delle situazioni quotidiane (ZOLO, 2006, p.70-82). Lo Stato quindi risulta sempre in ritardo nella tutela legale delle relazioni particolari, e la legalità non riesce a star dietro a tale complessità. Pertanto, non è possibile presupporre l'esistenza di una norma redatta per ogni situazione quotidiana, e si constata una crisi della politica e dello Stato (BECK, 1997, p.28-36).

Si percepisce, quindi, una fuga della società nella direzione del Potere Giudiziario, il quale cerca di far fronte alle aspettative sociali quando gli altri poteri non lo fanno (TATE; VALLINDER, 1995, p.5). A partire da tale situazione si discute parecchio sulla posizione del Giudiziario di fronte a questa nuova realtà, e situazioni quali l'attivismo giudiziario e la giuridicizzazione delle politiche subisce critiche ed elogi dalla dottrina brasiliana (BARROSO, 2015, p.437),(NUNES, 2012, p.179), (STRECK, 2011, p.270-3).

Questo scenario di ricorrente appello al Giudiziario è provato dai dati pubblicati dal Consiglio Nazionale della Giustizia – per mezzo dei rapporti periodici nei quali si constata come, annualmente, vengono distribuiti all'incirca 14 milioni di processi (BRASIL, 2015, p.447). Questi dati attestano come il Giudiziario è ancora la via d'uscita per raggiungere la pacificazione di un conflitto e la sicurezza giuridica (SILVA, 2008, p.9-19).

Simultaneamente, si constata una crisi del modello della democrazia rappresentativa, in modo speciale nel panorama sociologico del Legislativo brasiliano, considerando come il cittadino vede nel Giudiziario un mezzo per essere ascoltato e per cercare di dare soddisfazione al suo diritto (BAHIA; NUNES, 2010, p.59). Questo fatto, insieme al superamento del metodo sussuntivo di applicazione del Diritto, ha costituito l'oggetto di questo studio.

Succede altresì che la giurisprudenza, con la mera sussunzione, non raggiunge più la complessità sociale, per cui si coglie la necessità di concedere al Giudiziario il potere di costruire il Diritto in ogni caso concreto. Di fronte a ciò, l'accesso alla giustizia è apparso come un mezzo con cui il cittadino cerca di rendere effettivi e di dare

concretezza ai suoi diritti, e al Giudiziario spetta il compito di essere sufficientemente preparato per tali nuove situazioni, rendendo possibile la traduzione del diritto nel caso concreto.

Allo stesso tempo, si constata come il sistema giuridico non si riduce alla regola scritta, dal momento che è formato da un insieme di norme, principi, costumi, tradizione, giurisprudenza, trattati, norme amministrative, contratti, dottrina, insomma, da tutti gli strumenti che permettono al giudicante la costruzione di una risposta adeguata al conflitto. In questo sistema non è più ammesso un giudice statico bensì, al contrario, si cerca la figura di un giudice creativo che, a partire dai principi costituzionali e da tutte le regole che formano il sistema giuridico, sia in grado di garantire alla parte un processo giusto con una soluzione adeguata.

A partire da tutte queste constatazioni, si cerca di studiare il fenomeno narrato e di identificare in che modo si dà l'attuazione del Potere Giudiziario nei casi concreti, verificando il modo di comportarsi del giudice (per mezzo dell'indagine di analisi del contenuto dei giudizi del Superiore Tribunale di Giustizia¹) per proporre, in un secondo momento, la legittimità del Giudiziario nella costruzione del Diritto nei casi concreti che gli vengono posti sotto analisi, in modo speciale attraverso il compimento delle clausole generali della buona fede, della funzione sociale del contratto e della funzione sociale della proprietà, nel panorama del Diritto Civile-Costituzionale.

Attraverso l'approccio teorico di Gadamer, si analizza il fenomeno circolare della comprensione-interpretazione-applicazione della norma giuridica (GADAMER, 2002, p.482). In questa prospettiva, l'utilizzazione dell'ermeneutica supera il semplice contesto interpretativo, per raggiungere nuove sfide, quali la ricerca dell'effettività del Diritto e dell'applicabilità delle norme da parte dei Tribunali, della circolarità fra Costituzione e

¹ L'opzione in favore del STJ si giustifica nella misura in cui a questo Tribunale Superiore compete il giudizio in grado di ricorso speciale delle cause decise nei tribunali regionali federali o statali, in cui la decisione ricorsa abbia contraddetto la legge federale. Considerando le disposizioni del Codice Civile, e a volte del Codice di Difesa del Consumatore, le leggi federali, riguardo a tali clausole generali, l'ultima istanza decisoria circa il contenuto delle medesime si dà nel STJ, per questo la scelta. Ci si è limitati alle decisioni della Terza e Quarta Classe, e della Seconda Sezione, in quanto sono questi gli organi competenti per il giudizio in materia di diritto privato.

giurisdizione, così come dei vincoli fra diritto materiale e processuale (ENGELMANN, 2007, p.127).

In questo scenario, si pone il problema: La tecnica legislativa delle clausole generali è apparsa come una realtà nelle legislazioni contemporanee, tanto processuali come materiali, ed esige un Giudiziario preparato per la sua utilizzazione. Le clausole generali forniscono al giudice maggiori possibilità nella costruzione della risposta al caso concreto, in base ai pilastri dello Stato Democratico di Diritto. Di fronte alla nuova realtà del Diritto Civile-Costituzionale e della tecnica delle clausole generali presenti nel Codice Civile brasiliano del 2002, come legittimare l'attuazione del Potere Giudiziario permettendo la concretizzazione del Diritto delle parti litiganti?

Attraverso lo studio del caso, ci si è serviti dell'indagine bibliografica per studiare il deposito di giurisprudenza del Superiore Tribunale di Giustizia, nell'anno 2015. Dall'analisi giurisprudenziale, è stata confermata l'ipotesi sulla legittimità del Potere Giudiziario nell'assolvimento delle categorie studiate, e allo stesso tempo è stato constatato come l'assolvimento realizzato dal tribunale è sbagliato. Vale a dire, malgrado abbia la legittimità per farlo, il tribunale non lo fa adeguatamente. Perciò, la tesi sviluppata offre dei parametri per l'adeguata concentrazione delle clausole generali.

Quindi, nello scenario dello Stato Democratico di Diritto, il Potere Giudiziario possiede la legittimità per la concretizzazione del Diritto nei casi che gli vengono posti sotto analisi, e può costruire una risposta giuridica al problema, utilizzando tutte le fonti del sistema giuridico, unitario. Di fronte a tale legittimità e per l'unitarietà del sistema, il giudicante ha il potere di compiere le clausole generali, costruendo il Diritto nel caso concreto. Tuttavia tale potere costruttivo non può essere illimitato e generare così delle arbitarietà. Per questo, i parametri proposti sono stati identificati nel sistema giuridico stesso: la risposta giurisdizionale deve presentarsi come sufficientemente fondata, deve basarsi su tutte le fonti del Diritto e attenersi ai limiti del caso concreto analizzato; la legittimità del giudicante si dà nella misura in cui deve utilizzare non solo la legislazione positiva, bensì tutto il sistema giuridico per mezzo del dialogo tra le fonti; tutto ciò per mezzo dell'obbligatoria lettura dei principi costituzionali.

2 LA FUNZIONE DEL POTERE GIUDIZIARIO

In primo luogo, occorre analizzare la funzione attribuita al Potere Giudiziario nella contemporaneità nel sistema giuridico-costituzionale brasiliano.

Come è stato detto sopra, il Potere Legislativo brasiliano attraversa una crisi conosciuta (BAHIA; NUNES, 2010, p.62), sia dal punto di vista della sua attuazione come per l'inadempimento della sua funzione primordiale: legiferare.

La legge scritta, quale strumento di pacificazione sociale, non ha dato risposta alle necessità sociali, in quanto la legge non riesce ad accompagnare la velocità delle relazioni sociali, e anche perché non riesce a concretizzare il diritto del cittadino.

Lo Stato Democratico di Diritto si basa su due presupposti: la democrazia e i diritti fondamentali. Attraverso di esso si intravede la preoccupazione rispetto alla volontà del popolo, si avvicina la norma alla realtà e si creano meccanismi di protezione dei diritti e delle garanzie costituzionali, cosa che si è notata di meno nell'attuazione del legislativo, e di più nell'attuazione del Potere Giudiziario (RIBEIRO, 2010).

Per questo, vi è stata un'evoluzione del concetto di giurisdizione (SILVA, 2002, p.73-4) e di accesso alla giustizia, e il Potere Giudiziario assume la posizione di protagonista (NUNES, 2012) dal momento che continua a mantenere un livello di fiducia da parte del sistema sociale. La prestazione giurisdizionale smette di applicare meramente la legge e cerca di realizzare il bene comune, ristabilendo l'ordine e la giustizia. Il processo passa pertanto ad essere considerato come uno strumento di partecipazione (RIBEIRO, 2010) nella ricerca delle garanzie fondamentali e, a motivo di ciò, una struttura che protegge la democrazia. In questo scenario, la Costituzione viene ad esercitare un ruolo fondamentale nella limitazione del potere politico e nella tutela dei diritti fondamentali, funzione che spetta al Potere Giudiziario attraverso la concretizzazione dei valori costituzionali.

L'ascesa istituzionale del Potere Giudiziario nello Stato Democratico di Diritto è avvenuta contemporaneamente all'ergersi della norma costituzionale ad un ambito di centralità, sia attraverso la sua applicazione diretta, sia per il controllo sulla

costituzionalità (BARROSO, 2015, p.436). Possono venire identificati dei fenomeni importanti: la giuridicizzazione delle politiche e l'attivismo giudiziario.

La giuridicizzazione delle politiche deve essere osservata solamente nei casi del venir meno di altri poteri (TATE; VALLINDER, 1995, p.5), in modo speciale nella garanzia dei diritti fondamentali, dove spetta al Giudiziario supplirli, senza che questo implichi una trasformazione del medesimo in un promotore di politiche pubbliche. L'attivismo giudiziario, a sua volta, deve essere inteso qui nel suo aspetto positivo, come un'attitudine proattiva del giudicante per la costruzione della soluzione adeguata in ogni caso concreto, allontanando il Potere Giudiziario dalla sua funzione meramente "Applicatrice" del diritto positivo, attraverso un processo di semplice sussunzione, per una "funzione che si assomiglia a quella della creazione del diritto stesso" (BARROSO, 2015, p.442).

L'attivismo giudiziario, nella sua connotazione positiva, non significa concedere al giudicante poteri ampi e individuali per decidere soggettivamente², bensì fornire una prestazione giurisdizionale adeguata, indipendentemente dal fatto se esista o no una regola scritta specifica. Il Potere Giudiziario non può esimersi dal decidere, indipendentemente dalla legge da essere sussunta, dal momento che può fondare la sua decisione in tutte le fonti del diritto, ovviamente a partire dalla centralità costituzionale.

Tanto è vero che per mezzo della presente posizione si offrono i limiti minimi per la costruzione del diritto nel caso concreto, che devono necessariamente racchiudere la decisione giudiziaria.

3 UNITÀ DEL SISTEMA

Per costruire tali parametri, il punto di partenza sta nell'analisi del sistema giuridico nella sua funzione promozionale (BOBBIO, 2007, p.91-108), vale a dire, il ruolo

² Streck spiega come la proposta dell'ermeneutica filosofica gadameriana difende il ruolo creativo/produttivo del giudice, ma ciò non deve voler dire un'autorizzazione a giudizi soggettivi e privi di fondamento. (STRECK, 2011. p. 295-8).

modificatore e creatore del Diritto. Da questa funzione derivano le strutture giuridiche al di là della legge, che comprendono altresì il carattere normativo dei principi e del costume (BOBBIO, 1999, p.22-31).

Il sistema giuridico considerato nella sua unità, permette di intravedere il sistema delle fonti del diritto come complesso e aperto. Non si tratta solo della regola quale fonte del diritto, bensì di riconoscere la normatività (GUASTINI, 2009, p.42) di tutte le fonti giuridiche, ossia dei principi (costituzionali o generali del Diritto), del costume, dei trattati internazionali, degli antecedenti, insomma, l'apertura deve darsi verso tutte le strutture che formano il sistema giuridico. Non si parla pertanto di una scissione fra regole e principi, ma di un'unità e circolarità fra i medesimi (NEVES, 2014, p.97-8). Non deve quindi darsi una scissione fra regole e principi, bensì una unità³ nel sistema giuridico come un tutto.

La produzione del Diritto si dà in questa unità, dove si coglie il circolo ermeneutico gadameriano: comprensione, interpretazione e applicazione non sono metodi diversi e separati, bensì interdipendenti, e la norma di decisione è un comportamento produttivo. Tale processo di produzione non è statico, ma dinamico (GADAMER, 2002, p.482).

La prova dell'unità del sistema e di questa circolarità si coglie nel superamento della dicotomia fra diritto pubblico e privato, condensati nell'idea della costituzionalizzazione del Diritto Civile (LOBO, 2008, p.19). In questo sistema complesso, non si può più parlare di applicazione di un'unica regola con il semplice metodo sussuntivo, in quanto si pretende di costruire una soluzione per ogni caso concreto in un sistema coerente, con l'apertura verso le molteplici fonti. Così, la norma di decisione è una costruzione per il caso.

Engisch (2014, p.34-5) considera tale costruzione come comprensione, cercando di applicare i concetti giuridici in un processo di interpretazione non appena del testo letterale, ma comprendendo anche i riflessi del comprendere. Per mezzo della

³ Non si tratta qui di un'unità nel senso kelseniano in cui "la norma fondamentale è circoscritta alla creazione dell'unità, ossia è responsabile della trasformazione di un ordine giuridico in un sistema di norme" conforme a ENGELMANN, 2001. p. 55. Bensì di una unità del diritto con un sistema di fonti più aperto e complesso, nella prospettiva del dialogo tra le fonti, che verrà trattato nell'ultimo capitolo.

dottrina di Engisch, si utilizzano i concetti indeterminati (genericamente trattati) come la prova dell'apertura della regola, per la comprensione giudiziaria che si adegua alle peculiarità di ogni caso.

Müller (2014), a sua volta, identifica l'attività del giudicante come concretizzazione, e difende la teoria strutturante della norma affermando che la norma viene costruita per ogni caso in analisi attraverso la coniugazione di due elementi: il programma normativo che è il contenuto letterale del testo, e l'ambito normativo che è la situazione di fatto affrontata, portando materialità, in cui pone in alleanza norma e fatto, diritto e realtà. Perciò, la norma non è semplicemente applicabile bensì va prodotta nel processo di concretizzazione in ogni caso, da qui la rilevanza della questione, che vincolerà la prestazione giurisdizionale ad ogni situazione analizzata.

La dimensione prospettiva difesa da Fachin (2014, p.180-181) ha una rilevanza significativa, nella misura in cui percepisce la ricostruzione permanente del Diritto Civile, in cui vanno ravvicinate teoria e pratica, ossia, dottrina e giurisprudenza. Tale dimensione impone una nuova funzione al giudicante, che non deve limitarsi alla prestazione giurisdizionale, bensì essere attento al sistema complesso e al caso concreto, permettendo la costruzione di una risposta adeguata.

Unendo queste questioni all'attivismo giudiziario positivo sopra descritto, si percepisce la necessità di un Potere Giudiziario sufficientemente forte, preparato e responsabile, capace di costruire la decisione adeguata per il caso analizzato, alla luce di quel sistema unitario e complesso. Ossia, non vi è la discrezionalità piena (CAPPELLETTI, 1993, p.26-7), bensì orientata dalla medesima unità del sistema e dalle molteplici fonti del Diritto, in modo speciale dal necessario rispetto dei fondamenti costituzionali.

4 CLAUSOLE GENERALI

Si giunge quindi alla tecnica legislativa delle clausole generali (MARTINS-COSTA, 2002, p.118-9) in sede di diritto materiale, che vengono considerate la porta

attraverso cui il Giudiziario è autorizzato a costruire la norma per ogni caso concreto, vincolando diritto e realtà⁴, allo stesso tempo in cui crea la conseguenza quale risultato della sua concretizzazione. Pertanto, le clausole generali permettono l'apertura del sistema giuridico per poter accompagnare la realtà, in modo speciale quella del caso analizzato.

Per la dottrina brasiliana è stato adottato il concetto di clausola generale come il genere concettuale nel quale il giudice ha la libertà di riempire i concetti componenti la regola e allo stesso tempo è autorizzato a creare la norma come conseguenza di ogni caso concreto. Ossia, la clausola generale permette la simbiosi fra la normativa costituzionale e quella infra-costituzionale, in quanto è "una tecnica per mantenere il sistema aperto e ossigenato" (NALIN, 2004), trattandosi di un mezzo per concretizzare (PATTI, 2013, p.263-296) il diritto dell'individuo e una forma per assicurare maggiore effettività alla concretizzazione del Diritto nel caso concreto (TEPEDINO, 2009, p.11).

Perlingieri⁵ afferma che la tecnica delle clausole generali "significa lasciare al giudice, all'interprete, una maggiore possibilità di adattare la norma alle situazioni di fatto", e si avvicina pertanto all'idea della costruzione della norme prevista nella teoria strutturante.

Ciò avviene nella prospettiva del sistema unitario e a partire dalla centralità costituzionale, ma si permette che tale riempimento si inondi di criteri etici, sociologici, storici, psicologici, comparativi, per la soluzione più adeguata al caso concreto (MARTINS-COSTA, 2010, p.473). Ossia, le clausole generali costituiscono la prova dell'autorizzazione legislativa affinché il Potere Giudiziario possa costruire la soluzione in ogni caso analizzato, in quanto il loro carattere concettuale indeterminato permette l'apertura del sistema giuridico e permette l'adeguamento della norme alla singolarità della questione.

⁴ Vincolare diritto e realtà è una costante del circolo ermeneutico gadameriano e della teoria strutturante mulleriana.

⁵ "Legiferare per clausole generali vuol dire lasciare al giudice, all'interprete, una maggiore possibilità di adeguare la norma alle situazioni di fatto" (PERLINGIERI, 1994, p. 31).

5 LA RICERCA EMPIRICA

Per uscire dall'ambito astratto e passare alla prova delle impressioni soggettive, è stato utilizzato il metodo dell'analisi del contenuto (BARDIN, 2011, p.35) per verificare i giudizi del STJ, in sede di ricorsi speciali, le cui sentenze sono state pubblicate nel 2015 dalla Seconda Sezione, Terzo e Quarto Gruppo.

A partire dall'elenco delle clausole generali della buona fede, della funzione sociale del contratto e della funzione sociale della proprietà, si è pervenuti al *corpus* di 36 sentenze per procedere all'analisi. È stata determinata l'ipotesi della ricerca empirica: I ministri del STJ, utilizzando le clausole generali della buona fede, della funzione sociale del contratto e della funzione sociale della proprietà, non si attengono ad alcun limite o parametro in modo costante e prevedibile; così come il loro obiettivo: l'obiettivo si concentra sullo scoprire se il STJ utilizza un parametro per adattare le clausole generali. In caso affermativo, quale sarebbe tale parametro.

L'ipotesi è stata confermata di fronte alla constatazione che delle 36 sentenze analizzate solo in una di esse è stata percepita un'adeguata densità della clausola generale nel giudizio, vale a dire, nella maggior parte dei casi il STJ non adatta adeguatamente le clausole generali analizzate, né si percepisce uno standard di coerenza nel loro adattamento.

Vi sono altre conclusioni dell'indagine empirica che meritano menzione: nel 22,2% dei giudizi è stata utilizzata la clausola generale senza tuttavia farne alcun adattamento, solamente viene citato il comando legale; solo nel 19,4% dei casi si è incontrata alcuna connessione della clausola generale con il caso concreto; in nessuno di essi si fa riferimento ai principi costituzionali, al costume o alle regole dell'esperienza. E ancora, quando si utilizza la giurisprudenza come forma di adattamento della clausola generale (verificato nel 13,8%) solo nel 5,5% il precedente utilizzato possedeva la stessa causa di richiesta del caso analizzato.

Tutte le conclusioni dell'indagine empirica portano a credere che il Potere Giudiziario rimane ancora legato al modello sussuntivo e non è ancora sufficientemente preparato per costruire una risposta adeguata a partire da una norma aperta quali le

clausole generali. Ciò perché nella maggior parte dei casi in cui si utilizza la tecnica, non si vincola il contenuto della clausola con la realtà del caso; il riferimento al testo di legge o alla dottrina che dà fondamento al testo della clausola generale viene fatto attraverso la pura ripetizione del suo testo, senza vincolarlo al caso in giudizio; l'utilizzazione dei precedenti si fa attraverso il riassunto dei giudizi e si incontra incoerenza in vari casi in cui non esiste una connessione della causa del precedente utilizzato con quella che si sta giudicando; non si percepisce alcuna applicazione dialogata fra le norme scritte e non scritte che compongono il sistema giuridico, in quanto si preferisce optare per una regola e applicarla senza porla in connessione con gli altri elementi normativi che compongono il sistema. È stato notato come tutte queste situazioni constatate nell'indagine empirica potrebbero costituire decisioni passibili di nullità nel sistema processuale brasiliano.

Partendo da tale constatazione, ci si incammina verso la costruzione di parametri che rendano possibile un'adeguata utilizzazione della clausole generali nella prospettiva dell'unità del sistema, in modo speciale a partire dai fondamenti del Diritto Civile-Costituzionale.

6 I PARAMETRI DELL'ATTUAZIONE DEL POTERE GIUDIZIARIO

Si percepisce, pertanto, come il Potere Giudiziario possiede non solo la legittimità, bensì la funzione di procedere all'adattamento delle clausole generali, rendendo in questo modo possibile un'adeguata costruzione della norma nel caso concreto, in base al circolo ermeneutico. A tal fine, vengono proposti i parametri per l'attuazione del Potere Giudiziario nel contesto delle clausole generali: la topica, il fondamento e il dialogo fra le fonti.

La topica (VIEHWEG, 1979) è una tecnica di pensiero che si orienta a partire da e per il problema. La sua funzione nell'adattamento delle clausole generali è di collocare il caso concreto come obiettivo centrale della risoluzione giudiziaria, rendendo possibile la creazione della norma che si adegui alle necessità del caso e allo stesso tempo

consideri le individualità. Non si tratta pertanto di partire dal sistema per sussumere una regola al caso, bensì di partire dal caso per costruire una soluzione che si allinei alle premesse del sistema.

È possibile estrarre dall'opera di Viehweg (1979), e degli autori che l'hanno interpretato, come indubbiamente la topica colloca il problema, la questione, il caso concreto, come obiettivo centrale nella sua risoluzione. Tale posizione di centralità del problema conduce a denominare la topica giuridica come il "pensiero del caso" (ZANITTELI, 2002, p.130). Vale a dire, si tratta della costruzione di valore di un principio, di una clausola generale o di un concetto indeterminato, cercando la soluzione adeguata al caso concreto in decisione, dopo l'opportunità di esposizione di tutti i punti di vista implicati nel caso.

Dall'utilizzazione della topica è possibile riprendere la centralità del caso concreto, in quanto si deve pensare "a partire da" e "per" il problema, fornendo così un'adeguata costruzione della norma. In questo modo, "il vincolo costante con il problema impedisce la formazione di un pensiero lineare, limitato alle operazioni di deduzione e riduzione, come avviene con l'attività di sussunzione" (MARTINS-COSTA, 2015, p.184), e garantisce la mobilità e l'attualità della costruzione del Diritto Civile-Costituzionale.

Si pretende un ciclo fondamentale fra la scoperta del problema, la formulazione e la modulazione dei principi, e l'articolazione del sistema, propiziando l'autentico circolo ermeneutico fra diritto e realtà, nella misura in cui il pensiero diretto verso il caso concreto permette la costruzione della norma conforme alle necessità individuali, tenendo sempre in conto i risultati nel sistema sociale.

Il dovere di dare fondamento, a sua volta, è considerato come un altro parametro da tenere in considerazione nell'intensità delle clausole generali. Deve essere inteso nel contesto contemporaneo del processo civile (MARINONI, 2015, p.400), soprattutto attraverso il contraddittorio dinamico (RIBEIRO, 2013) e le nuove imposizioni su quanto il CPC considera come decisione fondata.

Sia il contraddittorio, nel suo aspetto costituzionale (TEODORO, 2014), quanto il dovere di dare fondamento, garantiscono la lettura democratica (NUNES, 2014, p.335-

53) del processo che allontanano soggettività e sorprese nella decisione giudiziaria (THEODORO; NUNES; BAHIA, 2010, p.9-52). Entrambi rimandano all'allontanamento della semplice riproduzione, assumendo così la decisione come produttiva, nella misura in cui garantiscono integrità e coerenza per la costruzione della norma.

Specificamente, per quanto riguarda le clausole generali, il dovere di dare fondamento nel CPC deve contribuire ad evitare una sua sbagliata utilizzazione. Conforme a quanto è stato provato nell'indagine empirica, nel 77,8% dei casi è stata citata la clausola generale ma non è stato utilizzato nessun criterio di applicazione della medesima, e nell'80% dei casi non è stato fatto alcun riferimento al caso concreto.

Il processo, pertanto, deve essere considerato come uno strumento di partecipazione, indispensabile nella realtà dello Stato Democratico di Diritto. Deve essere considerato quale mezzo per la realizzazione dei principi, dei diritti e dei valori accettati e richiesti dalla società, in quanto per mezzo della prestazione giudiziaria è possibile non solamente applicare la regola positiva, ma anche costruire una decisione giusta, sempre a partire dall'interpretazione costituzionale, cercando l'effettività dei diritti fondamentali.

Il sistema delle fonti del Diritto, infine, ha bisogno di revisione a partire dai fenomeni sociali contemporanei, in modo particolare la globalizzazione (ZOLO, 2010, p.70), la crisi della democrazia rappresentativa e la realtà transfrontaliera, che relativizza persino la sovranità nazionale. In questo nuovo scenario, complesso e ipermoderno, il modello sussuntivo alleato alla regola positiva perde forza, e per questo si rende necessaria l'apertura.

Il dialogo fra le fonti presuppone tale apertura (ENGELMANN, 2012, p.329). Non si tratta solamente dell'applicazione simultanea di varie regole (MARQUES, 2012, p.19-20), (JAYME, 1999, p.24-40), (MIRAGEM, 2012, p.72), ma anche di aprire il sistema delle fonti per permettere che la norma per il caso concreto sia costruita a partire dalla realtà, dal sistema, dal costume, e da tutti i fattori inter ed extra-sistematici (ENGELMANN, 2011, p.9) che possono influenzare il risultato della decisione, oltre alla dimensione prospettica difesa da Fachin (2014, p.180-181), alleando dottrina e giurisprudenza. Il Giudiziario avrà il sistema delle fonti quale possibilità di creazione

della soluzione, e allo stesso tempo il medesimo sistema delle fonti limiterà tale creazione, dimostrando la dinamicità nella costruzione della norma.

Specialmente per quanto si riferisce alle clausole generali, il dialogo fra le fonti permette un'adeguata costruzione della norma nel caso concreto, alleando la topica (vincolata al caso concreto) e il dovere di dare fondamento (che non necessariamente si vincola ad una regola scritta). In questo modo, il dialogo fra le fonti fa sì che la tradizione, il diritto naturale, i principi, i trattati, e tutte le fonti del Diritto, contribuiscano ad un'adeguata densità della clausola generale.

Il dialogo fra le fonti, così, si allinea all'unità e alla coerenza del sistema giuridico, facendo sì che la costruzione della norma, nel caso in analisi, non si limiti alla regola scritta ma possa ampliare il sistema delle fonti per comprendere norme scritte e non scritte, così come trans-territoriali, sempre con il medesimo sistema delle fonti, in modo speciale quello costituzionale, come possibilità e limite.

CONCLUSIONE

Di fronte a ciò, si conclude che è stata data una risposta al problema posto inizialmente e l'ipotesi è stata confermata nella misura in cui si è percepito come il Potere Giudiziario possiede la legittimità per la costruzione della norma in ogni caso concreto, in quanto il processo e l'accesso alla giustizia sono un mezzo di concretizzazione della democrazia e dello Stato Democratico di Diritto. Si è pertanto difesa la circolarità fra diritto e politica, fra diritto e società, nella misura in cui la crisi dello Stato e del modello democratico sorgono esattamente dalla difficoltà del Diritto a rispondere alle necessità delle domande sociali.

È stata dimostrata la circolarità fra Diritto Civile e Diritto Costituzionale, attraverso la costituzionalizzazione del Diritto Civile, che dà prova dell'unità del sistema e, a partire dal circolo ermeneutico tra comprensione, interpretazione e applicazione, si è notato come l'allineamento fra teoria e pratica deve fondare la posizione di un Potere

Giudiziario più attivo e responsabile, e allo stesso tempo deve rimanere attento all'evoluzione dottrinarie e sociale.

In modo speciale nella tematica delle clausole generali, che sono la condizione della possibilità per questa nuova posizione, è stato dimostrato come, anche se l'interprete ha la libertà per applicarle, i parametri proposti rendono possibile la densità delle medesime, allo stesso tempo in cui limitano la soggettività del giudicante e si allineano al caso concreto. È stata quindi provata la legittimità del Potere Giudiziario nell'applicazione delle clausole generali, nell'osservanza dei parametri proposti, che sono: la connessione al caso concreto imposta dalla topica, l'obbligatorietà di dare fondamento alla decisione giudiziaria, e l'apertura al sistema delle fonti; e il dialogo tra le fonti offre il contributo in vista di un fondamento adeguato.

REFERENZE

BAHIA, Alexandre; NUNES, Dierle. Crise da democracia representativa – infidelidade partidária e seu reconhecimento judicial. **Revista brasileira de estudos políticos**. Belo Horizonte, v. 100, p.57-84. jan./jun. 2010.

BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo**. Trad. Luís Antero Reto, Augusto Pinheiro. São Paulo: Edições 70, 2011. p. 35.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2015.

BECK, Ulrich. **Modernização reflexiva**: política, tradição e estética na ordem social moderna. Ulrich Beck, Anthony Giddens, Scott Lash. trad. de Magda Lopes. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani; Barueri: Manole, 2007.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

BRASIL. Poder Judiciário. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2015**: ano-base 2014. Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2015.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1993.

ENGELMANN, Wilson. A (re)leitura da teoria do fato jurídico à luz do “diálogo entre as fontes do direito”: abrindo espaços no Direito Privado constitucionalizado para o ingresso de novos direitos provenientes das nanotecnologias. In: STRECK, Lenio Luiz e MORAIS, José Luis Bolzan de. (Orgs.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: Mestrado e Doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 9.

ENGELMANN, Wilson. **Crítica ao positivismo jurídico**: princípios, regras e o conceito de direito. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2001. p. 55. Bensì di una unità del diritto con un sistema di fonti più aperto e complesso, nella prospettiva del dialogo tra le fonti, che verrà trattato nell'ultimo capitolo.

ENGELMANN, Wilson. **Direito natural, ética e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 127.

_____. O diálogo entre as fontes do Direito e a gestão do risco empresarial gerado pelas nanotecnologias: construindo as bases à juridicização do risco. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Orgs.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: Mestrado e Doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 329.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Trad. J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014. p. 34-5.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil**: sentidos, transformações e fim. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. V.I. Petrópolis: Vozes, 2002.

GUASTINI, Riccardo. Os princípios constitucionais como fonte de perplexidade. In: TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski (Org.); OLIVEIRA, E. S. de (Org.). **Correntes contemporâneas do pensamento jurídico**. 1. ed. São Paulo: Manole, 2009.

JAYME, Erik. Visões pra uma teoria pós-moderna do direito comparado. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 759/1999, p. 24-40. jan./1999.

LOBO, Paulo. A constitucionalização do direito civil brasileiro. In: **Direito civil contemporâneo**: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil -Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro / Gustavo Tepedino, organizador. São Paulo: Atlas, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo código de processo civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARQUES, Claudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo à Erik Jayme. In: MARQUES, Claudia Lima. **Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 19-20.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

_____. As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 680, p. 47, jun./1992. Doutrinas Essenciais de Direito Civil. v. 1, p. 473. out./2010.

_____. O novo código civil brasileiro: em busca da “Ética da Situação”. In: MARTINS-COSTA, Judith e BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002.

MIRAGEM, Bruno. *Eppur si muove*: Diálogo das fontes como método de interpretação sistemática no direito brasileiro. In: MARQUES, Claudia Lima. **Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito I**. Trad. Peter Naumann, Eurides Avance de Souza. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

NALIN, Paulo. Cláusula geral e segurança jurídica no código civil. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, [S.l.], dez. 2004. ISSN 2236-7284. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/38320/23376>>. Acesso em: 29 set. 2016. doi:<http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v41i0.38320>.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**. Curitiba: Juruá, 2012.

NUNES, Dierle. Direito fundamental a um efetivo processo civil constitucionalizado. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin. FREIRE, Alexandre. **Direitos fundamentais e jurisdição constitucional: análise, crítica e contribuições**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PATTI, Salvatore. L'interpretazione delle clausole generali. In: **Rivista di Diritto Civile**. V. 59. N. 2. Mar./Abr. 2013. p. 263-296. Milano: CEDAM, 2013.

PERLINGIERI, Pietro. **Profili del diritto civile**. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 1994.

RIBEIRO, Darci Guimarães. A dimensão constitucional do contraditório e seus reflexos no projeto do novo CPC. In: STRECK, Lenio; ROCHA; Leonel Severo; ENGELMANN; Wilson. **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Orgs. Lenio Luiz Streck, Leonel Severo Rocha, Wilson Engelmann. Porto Alegre: Livraria do Advogado, São Leopoldo: UNISINOS, 2013.

RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SILVA, Ovídio Baptista da. Da função à estrutura. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 158/2008, p. 9-19. out./2008.

SILVA, Ovídio Baptista da; GOMES, Fabio. **Teoria geral do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 73-4.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2011.

TATE, C. Neal. VALLINDER, Tobjorn. The global expansion of judicial power: the judicialization of politics. In: TATE, C. Neal. VALLINDER, Tobjorn. **The global expansion of judicial power**. New York and London: New York University Press, 1995.

TEPEDINO, Gustavo. Introdução: Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: **A parte geral do novo código civil**: estudos na perspectiva civil-constitucional. 3ª. ed. - Gustavo Tepedino (coordenador) – Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

THEODORO JUNIOR, Humberto. A constitucionalização do processo no estado democrático de direito. In: **Novo CPC**: reflexões e perspectivas. Antônio Pereira Gaio Junior e Alexandre Freitas Câmara (Coord.) Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

_____; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro – Análise da convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas da *padronização decisória*. **Revista de Processo**, São Paulo, v.189, 2010, p. 9-52.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Brasília: Imprensa Nacional, 1979.

ZANITELLI, Leandro Martins. Tópica e pensamento sistemático: convergência ou ruptura? In: A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e

direitos fundamentais constitucionais no Direito Privado. Judith Martins-Costa (Org.). São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2002. p. 130.

ZOLO, Danilo. **Globalização**: um mapa dos problemas. Trad. Anderson Vichinkeski Teixeira. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

_____. Teoria e crítica do Estado de Direito. In: ZOLO, Danilo. COSTA, Pietro. **O estado de direito**: história, teoria, crítica. Traduzione di Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.